

## 표현의 자유를 제한하는 광고 실증제도에 대한 비판적 검토

양 소 연\*

헌법재판소 헌법연구관, 법학박사

### 국문 초록

상업광고는 표현의 자유의 보호영역에 속하지만 보호의 정도가 완화되어 있다. 사업자에게 광고 내용 중 사실에 관한 사항에 대하여 실증할 의무를 부과하는 표시광고법상의 광고 실증제도는 그 불명확성, 표현행위 전후에 걸쳐 반복적으로 발생하는 추가적인 실증의 부담, 위법성이 확정되기 전에도 가능한 광고중지명령 등으로 인하여 사업자의 표현의 자유에 대한 과도한 제한이 될 수 있다.

표시광고법상의 실증의무 규정은 실증의 대상, 방법, 시기 등에 불명확한 점이 있고, 사후실증제의 형태를 띠고 있으나 실질적으로는 사전실증제에 가깝게 운용되고 있으며, 공정위의 재량적 판단의 여지가 상당히 크다. 이에 사전에 실증자료를 반복 시험을 통한 입증 가능할 정도로 철저히 준비해야 하는 부담이 클 뿐만 아니라, 일회적으로 실증을 마치더라도 여전히 표시광고법 위반으로 판단될 우려가 있다. 이러한 제도는 공정위나 제3자가 광고 내용이 진실하지 않음을 입증하고 위법성이 확정된 이후에 손해배상책임을 지는 형태의 완전한 사후적 규제와 비교할 때 위축효과가 더 크다. 한편, 실증자료가 충분하지 않은 것으로 판단되거나 부당한 광고라고 판단되기 전이라도 실증자료를 제출하지 않았다는 사실만으로 광고중지명령을 할 수 있는데, 이는 내용의 위법성 여부를 따져보기도 전에 미리 표현을 금지하는 것으로서 과잉금지원칙에 위배되어 표

\* gsyang@ccourt.go.kr

현의 자유를 침해할 여지가 있다.

따라서 실증의 의미, 대상, 방법, 시기 등을 보다 구체화하여 예측 가능성을 확보하고, 사업자가 실증자료를 마련하고 정당하게 신뢰한 경우, 인증제도를 통해 인증을 받은 경우 등에는 추가적인 실증 부담을 완화하는 등 제도의 개선이 요청된다.

주제어: 상업광고, 실증의무, 표시광고법, 표현의 자유, 사전검열금지원칙

## 목 차

- I. 서론
- II. 표현의 자유와 상업광고
  - 1. 표현의 자유, 사전검열금지원칙의 의의
  - 2. 표현의 범주화와 상업광고
- III. 표현의 자유 제한으로서의 광고 실증제도
  - 1. 표시광고법이 금지하는 부당광고와 실증의무
  - 2. 광고 실증제도의 불명확성
- IV. 사전검열금지원칙 요건에 비추어 본 문제점
  - 1. 행정권이 주체가 된 심사절차: 실증대상 선정 및 심사에서 공정위의 광범위한 재량
  - 2. 사전심사 및 허가받지 아니한 표현의 금지: 광고중지명령
  - 3. 강제수단: 실증 여부의 불확실성 및 반복 실증의 부담
- V. 결론

## I. 서론

상업광고는 다른 표현에 비해 다양한 제한을 받고 있으며, 표현의 성질상 그 제한이 쉽게 정당화되는 경향이 있다. 그러나 상업광고도 표현의 자유의 보호영역에 포함되고, 상업광고에 대한 제한도 기본권을 침해하지 않는 한에서만 이루어져야 한다. 종래 상업광고와 관련하여 표현의 자유 침해 여부가 논의된 것은 주로 사전심의제도 및 임시중지명령 등에 관해서였다.

이처럼 직관적으로 표현의 자유를 침해할 가능성이 있다는 의심이 들 수 있는 제도 외에도, 엄밀한 의미에서 사전검열금지원칙에 위배되지는 않지만 그 의의와 요건에 비추어 볼 때 실질적으로 상당한 위축효과를 초래할 수 있는 것으로 광고 실증제도가 있다. 표시·광고의 공정화에 관한 법률(이하 ‘표시광고법’) 및 식품 등 특정 분야의 광고에 관한 법률과 그 위임을 받은 하위법령들은 표시·광고(이하 편의상 ‘광고’라고 한다) 중 사실에 관련한 사항에 대해서 실증의무를 부과하고, 실증자료를 제출

할 때까지 광고의 중지를 명하거나 실증하지 못할 경우 나아가 법률상 금지되는 부당한 광고에 해당하는지 심사하여 그에 대한 규제를 할 수 있도록 한다.

그런데 공정거래위원회(이하 ‘공정위’) 고시를 통해 실증의무에 관한 사항을 구체화하려는 노력에도 불구하고 여전히 실증의 대상, 방법, 시기 등에 불명확한 부분이 많다. 이는 준비행위에 지나친 부담을 부과하고 규제에 대한 불확실성을 높여, 과도한 위축효과를 초래한다. 본고에서는 표현의 자유가 보장되는 한 범주로서 상업적 광고표현의 보호에 관한 일반론을 간략히 살펴본 뒤, 광고 실증제도의 현황과 문제점을 살펴보고, 우리 헌법이 표현에 대한 사전검열을 금지하는 취지에 비추어 광고 실증제도가 개선되어야 할 방향을 고민해 본다.

## II. 표현의 자유와 상업광고

### 1. 표현의 자유, 사전검열금지원칙의 의의

헌법 제21조는 사상 또는 의견을 자유롭게 표명하고 전파할 자유를 보장한다. 일반적으로 표현의 자유를 보호하는 이유로는 자유로운 표현이 ① 민주적 의사형성에의 참여를 보장하고, ② 사상의 자유시장을 통한 지식 발전의 기반이 되며, ③ 정보를 바탕으로 한 자기결정권 행사 및 인격 발현을 가능하게 하는 점을 든다.

이 세 가지 관점을 각기 독립된 것으로 가정해 보면, 상업광고의 보호 필요성에 대한 이해가 서로 다르게 나타날 것임을 쉽게 예상할 수 있다. 첫째로, 정치적 참여를 강조하는 입장에서는 순수하게 경제적 이익만을 추구하려는 광고는 보호의 필요성이 적고, 정치적·시민적 의견을 포함한 광고만이 본격적인 보호의 대상이 된다고 볼 것이다. 둘째로, 지식 발전을 강조하는 입장에서는, 상업광고도 정보를 담고 있다는 전제 하에, 정

보의 정확성이 시장에서 검증될 수 있도록 상업광고에 대한 자유로운 유통을 보호하여야 한다고 볼 것이다. 셋째로, 자율성 발휘와 인격 발현에 주목하는 입장에서는 상업광고에 포함된 정보가 개인의 자율적 의사결정에 기여한다는 점에서 보호의 필요성을 인정할 수 있다.<sup>1)</sup>

그런데 위의 세 가지 의의는 서로 완전히 독립적인 것이 아니라 상호 영향을 주는 측면도 있다. 특히, 지식 발전 및 인격 발현이 결과적으로 개인의 보다 실효적인 정치적 참여에 기여할 수 있다.<sup>2)</sup> 즉, 사상의 자유시장을 통한 지식 발전의 경우, 진리 탐구 과정에서의 자유로운 참여를 통해 다원적 분위기를 조성하고, 발견된 지식이 계몽된 의사결정의 전제가 된다는 점에서 정치적 참여에 기여한다.<sup>3)</sup> 자율성 실현 및 인격 발현의 경우에도, 순수하게 개인적인 측면뿐만 아니라 공동체 구성원으로서의 인격을 확립하고 실현함으로써 공동체의 의사결정에 더 효과적으로 참여할 수 있다는 측면도 있다.<sup>4)</sup>

실제로 표현의 자유 이론에서 여러 의의 중에서도 정치적 참여를 보장하는 측면이 특히 강조되어 온 경향이 있다.<sup>5)</sup> 헌법재판소 결정에서 표현의 자유가 다른 기본권에 비해 강력한 보호를 받는다는 설시가 나오는 근거도 자유로운 표현이 정치적 의사형성을 가능하게 한다는 데 있다.<sup>6)</sup>

한편, ‘명백하고 현존하는 위협’ 등을 심사기준으로 적극 활용하지 않는 우리 법리에서 표현의 자유를 강하게 보호하는 가장 실질적인 장치는 사전검열금지원칙이다. 표현의 자유도 국가안전보장, 질서유지 그리고 공공복리를 위하여 법률로써 제한이 가능하지만, 허가받지 않은 것의

1) 이상 각 입장에서 상업광고를 바라보는 견해의 정리는 문재완 (2005). 상업적 표현의 자유와 방송광고사전심의제도, <인권과 정의> 344호, 48면 참조.

2) 양소연 (2023). 예술의 자유에 관한 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문, 16-30면.

3) 위의 글, 19-21면.

4) Robert Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971, p. 25.

5) Robert C. Post, *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, Yale University Press, 2012 pp. 10-13.

6) 헌재 2011. 12. 29. 2007헌마1001등, 판례집 23-2하, 739, 756-757 등.

발표를 금지하는 ‘검열’을 수단으로 하는 제한은 법률로써도 허용되지 않는 이른바 ‘절대적 금지’로 여겨진다.<sup>7)</sup> 이에 대해서는 사전검열금지원칙의 절대성을 강조하면서 대신 그 적용대상을 좁게 보려는 경향이 오히려 표현의 자유를 충분히 보장할 수 없게 한다는 등의 비판도 제기된다.<sup>8)</sup>

사전검열금지원칙을 적용한 초기 결정에서 헌법재판소는 검열 금지의 의의에 대해서도 정치적 표현의 선별 가능성이라는 측면을 강조하여 “검열제가 허용될 경우에는 국민의 예술활동의 독창성과 창의성을 침해하여 정신생활에 미치는 위험이 클 뿐만 아니라 행정기관이 집권자에게 불리한 내용의 표현을 사전에 억제함으로써 이른바 관제의견이나 지배자에게 무해한 여론만이 허용되는 결과를 초래할 염려가 있기 때문”이라고 판시하였다.<sup>9)</sup>

그러나 표현의 사전억제는 어느 영역에 관한 표현인지를 불문하고 사후규제와 비교해 더 심대한 제한이 된다. 지식 발전의 관점에서 보더라도, 사전적 제한은 정보가 시장적 평가를 받을 가능성 자체를 차단함으로써 표현행위자의 표현의 자유뿐만 아니라 정보수용자의 알 권리를 제한하고, 정보가 시의적절하게 유통되지 못하게 하여 정보의 가치를 감소시킨다.<sup>10)</sup>

## 2. 표현의 범주화와 상업광고

### 가. 표현의 범주

일상에 존재하는 표현은 그 주제와 형식이 매우 다양하지만, 정치적 표

7) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402.

8) 임효준 (2019). 검열금지의 법적 성격에 대한 재검토, <언론과 법> 18권 2호, 85-87면.

9) 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13등, 판례집 8-2, 212, 222; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가 6, 판례집 8-2, 395, 402.

10) 박용상 (2010). 헌법상 사전검열금지의 원칙, <헌법논총> 21집, 122면.

현, 상업적 표현 등으로 대표적인 범주를 나누고 표현의 자유를 보호하는 취지에 비추어 보호의 정도를 달리하려는(즉, 위헌심사에서 심사기준을 달리하려는) 시도가 있다. 이를 미국에서는 일정한 유형 분류에 따라 미리 정해진 심사기준을 적용하는 ‘범주적 접근 방법’(categorical approach)이라고 부른다.

범주적 접근 방법이 바람직한지에 대해서는 견해 대립이 있다. 범주적 접근의 대표적인 장점으로서는 유형별로 미리 기준을 체계화하여 자의적 판단을 방지하고 예측 가능성을 확보한다는 점을 들 수 있다.<sup>11)</sup> 한편, 범주적 접근의 가장 큰 한계로는 하나의 표현이 여러 기능을 하고 여러 유형에 동시에 해당하는 경우가 많은 점, 여러 유형의 표현 중에서 어느 것이 더 보호가치가 크다고 단정할 수 없다는 점 등이 있다.<sup>12)</sup> 예컨대 형식적으로 볼 때 비정치적인 것으로 분류되는 표현도 실질적으로는 정치적인 함의를 가지는 경우가 드물지 않다.<sup>13)</sup>

그럼에도 유형화를 전혀 활용하지 않고 완전히 개별적으로 이루어지는 법익형량은 비효율적일 뿐만 아니라 예측가능성과 일관성이 떨어질 우려가 있다. 따라서 유형별로 최소한의 기준을 두고 개별 사안에서 특수하게 고려해야 할 부분이 있다면(예컨대, 주된 기능을 특정할 수 없을 정도로 여러 기능이 혼재된 표현의 경우 등) 예외를 인정하여 조정해 나가는 방식으로 판단하는 것이 바람직하다.<sup>14)</sup>

다만, 이렇게 표현의 유형을 나누면 표현의 자유를 보호하는 의의 중 표현의 정치적 기능이 강조되는 경향과 맞물려 민주적 의사형성에 직접적으로 영향을 미치는 정도가 상대적으로 적은 표현의 보호에 소홀해질

11) Thomas I. Emerson, “Toward a General Theory of the First Amendment,” *The Yale Law Journal*, Vol. 72, No. 5, 1963, p. 912.

12) Larry Alexander, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, 2005, pp. 142-144.

13) Kent Greenawalt, “Speech and Crime,” *American Bar Foundation Research Journal*, Vol. 5, No. 4, 1980, p. 733.

14) 양소연, 위의 글, 109면.

우려가 있다. 우리 헌법재판소 결정에서 표현을 범주화하여 보호 수준을 달리하는 것으로 대표적인 것이 상업광고다. 이하에서 상업광고에 대한 헌법적 보호가 어떻게 이루어져 왔는지 간략히 살펴본다.

### 나. 표현으로서의 상업광고에 대한 보호

상업광고는 잠재적 소비자에게 상품이나 서비스의 선택에 필요한 정보를 전달하고 호의적인 관심을 갖도록 하여 구매에 이르도록 설득하는 커뮤니케이션 수단으로,<sup>15)</sup> 표현의 자유의 보호영역에 포함되며 사전검열 금지원칙의 적용대상이 된다.

주지하다시피 헌법재판소는 표현의 자유의 보호영역을 넓게 설정하고 있으며, 특히 표현의 장르나 매개체에 제한이 없음을 강조한다. 즉, “담화, 연설, 토론, 연극, 방송, 음악, 영화, 가요 등과 문서, 소설, 시가, 도화, 사진, 조각, 서화 등 모든 형상의 의사표현 또는 의사전파의 매개체”<sup>16)</sup>를 통한 의사의 표현 및 전파가 모두 보호대상이 된다. 나아가 표현의 구체적인 동기나 목적에 대해서도 특별한 제한을 두지 않고, 예술의 자유나 종교의 자유 등 다른 기본권과 경합하는 경우에도 표현의 자유 문제로 보려는 경향이 있기 때문에,<sup>17)</sup> 정치적 의사표현 외에도 예술적, 상업적 의사표현 등이 모두 표현의 자유의 보호영역에 해당한다. 구체적으로, 상업광고의 표현의 자유 보호영역 해당 여부에 대해서는 “우리 헌법은 (…중략…) 현대 자유민주주의의 존립과 발전에 필수불가결한 기본권으로 언론·출판의 자유를 강력하게 보장하고 있는바, 광고물도 사상·지식·정보 등을 불특정다수인에게 전파하는 것으로서 언론·출판의

15) 조소영 (2017). 광고규제에 대한 헌법적 검토 - 상업광고에 대한 논의를 중심으로 -, <공법학연구>, 18권 3호, 226면.

16) 헌재 1993. 5. 13. 91헌바17, 판례집 5-1, 275, 284; 헌재 1996. 10. 4. 93헌가13 등, 판례집 8-2, 212, 222; 헌재 2001. 8. 30. 2009헌가9, 판례집 13-2, 134, 148; 헌재 2002. 4. 25. 2001헌가27, 판례집 14-1, 251, 265 등.

17) 양소연 (2021). 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 ‘예술’의 개념, <헌법재판연구>, 8권 2호, 229면.

자유에 의한 보호를 받는 대상이 됨은 물론이다.”<sup>18)</sup>라고 판시한 이래 큰 틀에서<sup>19)</sup> 같은 견해를 유지하고 있다.

사전검열금지원칙의 적용 여부와 관련하여서는, 과거 방송광고 사전심의 관련 사건에서는 사전검열금지원칙을 적용하고(헌재 2008. 6. 26. 2005헌마506 결정), 건강기능식품광고 사전심의 관련 사건에서는 적용하지 않았다(헌재 2010. 7. 29. 2006헌바75 결정), 이후 의료광고 사전심의 관련 사건에서 다시 상업광고를 포함하여 표현의 자유의 보호대상이 되는 모든 표현에 대하여 예외 없이 사전검열금지원칙이 적용되는 것이라고 판단하였다(헌재 2015. 12. 23. 2015헌바75 결정).

그런데 전술한 범주적 접근의 시각에서 보면, 상업광고 및 상품에 관한 각종 표시 등 상업적 표현은 표현 중에서 하나의 독립된 범주로 분류될 수 있다. 표현의 동기 내지 목적, 주된 내용, 일반적인 표현방식 등에서 고유한 특성을 가지기 때문이다. 상업광고는 판매 촉진 및 이윤의 극대화라는 경제적 동기를 가지며, 이를 위해서 표현의 내용이 상품·서비스의 우수성을 강조하기 위한 구체적이고 객관적인 사실 중심으로 구성된다. 이른바 ‘이미지 광고’와 같이 구체적 상품·서비스보다는 기업 전체의 이미지를 홍보하는 경우, 광고 자체가 가지는 예술성이 강하게 나타나는 경우 등의 예외적인 사례들이 있으나, 이러한 광고들도 표현행위가 궁극적으로 달성하고자 하는 주된 목적을 기준으로 하면 일반적인 상업광고와 같은 범주로 분류될 수 있다.

이에 헌법재판소는 상업광고가 사상이나 지식에 관한 정치적, 시민적 표현행위와는 달리 인격 발현과 개성 신장에 미치는 효과가 중대하지 않은 표현이라는 이유로, 과잉금지심사에서 침해의 최소성 충족 여부에 대한 판단을 ‘덜 침해적인 수단이 있는지 여부’ 대신 ‘입법목적 달성에

18) 헌재 1998. 2. 27. 96헌바2, 판례집 10-1, 118, 124.

19) 예외적으로 2002년에 광고 내용이 공익을 포함하는 경우에만 보호영역에 해당한다고 해석할 여지가 있는 설시(헌재 2002. 12. 18. 2000헌마764, 판례집 14-2, 856, 867)가 있었다.

필요한 범위 내에 있는지 여부'에 따라 판단하는 완화된 심사기준을 적용하고 있다.<sup>20)</sup>

상업적 표현에 대한 보호의 정도가 완화되는 것은 표현의 자유 보호 취지가 민주적 의사형성 기능 위주로 이해된 결과라고 볼 수 있다. 그러나 상업광고가 다른 표현에 비해 일률적으로 보호가치가 낮다는 판단에 대해서는 많은 비판이 있다. 이러한 비판은 주로 하나의 표현에도 다양한 기능 및 효과가 동시에 존재할 수 있다는 점에 주목한다. 즉, 상업광고는 단순히 판매를 촉진할 뿐만 아니라 상품·서비스에 관한 정보를 전달하는 기능을 하는데, 어떤 상품의 품질 및 가격, 구매행위에 관한 정보<sup>21)</sup>나 그러한 광고가 자유롭게 유통된다는 사실 자체(성전환수술 의료 광고의 예)<sup>22)</sup> 등은 정치적 함의를 가질 수도 있다. 또한, 광고의 형태와 기법이 다양화되면서 공익광고, 예술적 광고와 같이 그 자체로 정치적인 의사형성이나 인격발현에의 영향이 보다 분명한 경우들도 점점 더 많아지고 있다.

정리하면, 상업광고는 보호영역 해당 여부, 사전검열금지원칙 적용 여부에서는 정치적, 시민적 표현과 마찬가지로 취급되고 있으나, 하나의 유형으로 분류될 수 있을 정도로 일정한 특수성을 지닌 표현으로서 보호의 정도는 다른 표현에 비해 완화되어 있다. 표현에 대한 범주적 접근은 심사의 효율화와 심사기준의 객관화를 위해 필요하지만, 최종 결론에 있어서는 개별구체적인 상황에 따른 적절한 조정도 있어야 한다. 상업광

20) 헌재 2005. 10. 27. 2003헌가3, 판례집 17-2, 189, 198; 헌재 2015. 12. 23. 2015헌바17, 판례집 27-2하, 627, 646; 헌재 2016. 9. 29. 2015헌바325, 판례집 28-2상, 446, 451 등. 초기에는 완화된 심사기준을 명시적으로 채택하지는 않았고, 이에 대해서는 초기 결정에서도 완화된 심사기준의 단초를 찾아볼 수는 있었다는 등의 분석[임효준 (2016). 상업광고 제한 입법에 대한 헌법재판소의 완화된 심사기준 - 헌법재판소 결정의 동향 및 비판적 검토 -, <헌법재판연구> 3권 2호, 230-231면]이 있다. 적어도 위 2005년 결정 이후로는 반복해서 완화된 심사기준을 적용하고 있다.

21) 임효준, 위의 글(2016), 238면.

22) 이종훈 (2016). 상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제 - 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -, <헌법실무연구> 17권, 18면.

고의 경우 경제적 동기로 이루어진 표현이라는 점에 주목한 나머지 제한의 양상을 충분히 세밀하게 살펴보지 않고 입법목적 달성에 치중한 판단을 하게 될 위험이 있으므로 주의가 필요하다.

### Ⅲ. 표현의 자유 제한으로서의 광고 실증제도

#### 1. 표시광고법이 금지하는 부당광고와 실증의무

##### 가. 부당광고 규제의 간략한 개관

우리 법률상 광고 규제는 소비자의 보호보다는 사업자 간 공정한 경쟁의 보장을 주된 목표로 하는 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’(이하 ‘공정거래법’)의 일부로 출발하였다.<sup>23)</sup> 이후 1999. 2. 5.에 표시광고법이 제정되었는데, 이 법은 공정한 거래질서 확립뿐만 아니라 소비자의 보호도 목적으로 명시하였고, 이를 위해서 “소비자를 속이거나 잘못 알게 하는 부당한 표시·광고를 방지하고 소비자에게 바르고 유용한 정보의 제공을 촉진”하고자 하였다(제1조).

표시광고법이 금지하고자 하는 광고는 “소비자를 속이거나 소비자로 하여금 잘못 알게 할 우려” 및 “공정한 거래질서를 해칠 우려”가 있는 거짓·과장의 광고, 기만적인 광고, 부당하게 비교하는 광고, 비방적인 광고 등이다(제3조 제1항, 이하 이를 통틀어 ‘부당광고’). 각각의 정의는 시행령 제3조에서 구체화하고, 세부적인 유형과 기준은 공정위 고시<sup>24)</sup>

23) 박해식 (2000). 부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고의공정화에관한법률을 중심으로 -, <재판자료> 87집, 636-638면 참조.

24) 부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시(공정거래위원회 고시 제2019-11호), 기만적인 표시·광고 심사지침(공정거래위원회 예규 제268호), 비교표시·광고에 대한 심사지침(공정거래위원회 예규 제269호) 등.

로 정하고 있다. 시행령에서 정한 기준을 보면, 부당광고 해당 여부는 주로 객관적 사실과의 관계를 통해 결정된다. 광고의 내용이 ‘사실’과 다른 경우, 실제 ‘사실’에 비해 과장되거나 축소된 경우 부당광고에 해당한다(시행령 제3조 제1항, 제2항). 다른 사업자의 상품 등과 비교하거나 다른 사업자에게 불리한 내용을 적시하는 것은 그 자체로 부당하지는 않지만, 역시 객관적 근거와 기준이 있어야 한다(제3항, 제4항). 따라서 객관적 사실에 부합하는지, 아니면 그보다 과장 또는 축소되어 있거나 완전히 다른 내용인지를 밝히는 것은 부당광고 규제에서 가장 기본적이고도 중요한 작업이 된다.

## 나. 실증제도의 연혁과 취지

### (1) 연혁

표시광고법은 제정 당시부터 ‘사업자는 광고 내용 중 사실과 관련한 사항을 관련 자료 등을 통해 실증할 수 있어야 한다’는 취지로 현행법과 같은 실증의무 규정을 두고 있었는데, 2005. 12. 29. 개정되면서 실증자료 제출 기한이 30일 이내에서 15일 이내로 단축되었다(제5조 제3항). 이후로는 2011. 9. 15. 개정에서 자구수정이 있었을 뿐 내용은 동일하게 유지되고 있다.

부당광고에 대한 규제는 부정경쟁방지 및 영업비밀보호에 관한 법률을 통해서도 이루어지고, 특정 산업분야에 대한 다수의 개별법도 각 분야의 특수성을 반영하여 광고에 대한 제한을 두고 있다. 이에 표시광고법 제정 직후부터 지금까지 계속해서 이들 법률과 표시광고법 사이의 관계가 혼란스럽고 중복규제로 인한 비효율이 초래된다는 지적이 있어왔다.<sup>25)</sup> 그중 식품 등의 표시·광고에 관한 법률, 화장품법 등은 위임규

25) 일레로 조민형 외 (2008). <중복규제의 현황과 개선방안 연구>, 법제처 연구용역 보고서, 88-97면.

정을 통해 고시에서 실증의무를 별도로 명시하고 있다.

## (2) 입법취지

우리 광고 실증제도는 미국 연방거래위원회(Federal Trade Commission, 이하 'FTC')가 1971년 결의안을 통해 마련한 '광고 실증 프로그램'을 참고하여 만들어졌다.<sup>26)</sup> 이 실증 프로그램은 사업자가 광고를 유통하기 전에 미리 실증자료를 준비하고, FTC의 제출요청이 있는 경우 이를 제출하도록 하며, FTC가 심사를 통해 실증이 충분하지 않다고 판단하면 광고를 중단하도록 하는 것을 골자로 한다.<sup>27)</sup>

앞서 언급하였듯이 상업광고는 정보전달의 기능을 한다. 그런데 사업자와 소비자는 계약의 대등당사자이면서도 상품·서비스에 대한 사실에 대하여 정보비대칭 상태에 있다. 계약법이 기초로 삼는 자율 패러다임은 당사자의 의사에 따른 결정이라는 점에서 계약 및 그 구속력의 정당성을 찾는데, 이는 각 당사자가 충분한 정보를 가지고 있고, 그 정보를 정확히 이해하고 합리적으로 판단할 수 있는 분석능력이 있으며, 상대와 대등한 협상력도 갖추고 있는 이상적인 상태를 전제로 한다.<sup>28)</sup> 그런데 복잡화·전문화된 현대사회에서는 실제 계약에서 양 당사자가 이러한 조건을 동등하게 갖추지 못한 경우가 많으며,<sup>29)</sup> 특히 대기업과 소비자 사이에는 정보나 협상력에 있어서 구조적 비대칭 상태가 존재한다.<sup>30)</sup>

FTC의 실증 프로그램 마련에는 이러한 사업자와 소비자 사이의 불균형에 대한 고려가 있었다. 이는 실증 프로그램이 만들어질 무렵 FTC가

26) 박해식, 위의 글, 696-697면 참조.

27) Note (1973). The FTC Ad Substantiation Program. *Georgetown Law Journal*, Vol. 61, No. 6, pp. 1428-1429 참조.

28) 권영준 (2011). 계약법의 사상적 기초와 그 시사점 - 자율과 후견의 관점에서 -, <저스티스> 통권 124호, 171-175면 참조.

29) 위의 글, 174-175면.

30) 위의 글, 183면.

제약회사 화이자의 기만적 광고에 관한 의견에서, 사업자와 소비자 간의 지식과 자원의 비대칭을 고려할 때 소비자가 사실 확인을 위한 시험 등을 하기는 어려우므로, 시험과 조사 등은 사업자가 하도록 하는 편이 경제적 관점에서 보다 합리적이라고 한 점을 통해서도 확인할 수 있다.<sup>31)</sup>

우리 헌법과 법률도 사업자와 소비자의 관계에서 소비자를 보호할 필요성을 인정하고 있다. 먼저 소비자와 관련된 기본권 논의 전반을 살펴보면, 소비자가 자유롭게 상품을 선택할 권리가 헌법 제10조에 의해 보장되는 자기결정권에 포함된다는 취지의 헌법재판소 결정<sup>32)</sup>이 다수 존재하는 한편, 더 나아가 소비자보호운동을 보장하는 헌법 제124조에서 독자적 기본권으로서의 ‘소비자의 권리’를 도출할 수 있다고 보는 견해<sup>33)</sup>도 있다. 이 중 후자는 대량생산이 이루어지는 경제환경에서 사업자에 비해 소비자가 상대적으로 취약한 지위<sup>34)</sup>에 있음을 전제로 하며, 그 취약성 중에는 정보수집능력의 한계도 포함된다.<sup>35)</sup> 이에 소비자의 권리를 보호하는 대표적인 법률인 소비자기본법은 “소비자의 기본적 권리”로 “물품등을 선택함에 있어서 필요한 지식 및 정보를 제공받을 권리”(제4조 제2호)를 보장하고 있으며, “사업자의 책무”로는 “소비자에게 물품등에 대한 정보를 성실하고 정확하게 제공”(제19조 제3항)할 것을 요구하

31) 3 Trade Reg. Rep. ¶ 20,056 at 22,033.

32) 헌재 1996. 12. 26. 96헌가18, 판례집 8-2, 680, 691; 헌재 2002. 10. 31. 99헌바76등, 판례집 14-2, 410, 429; 헌재 2020. 2. 27. 2017헌마1339, 판례집 32-1상, 85, 90 등.

33) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 183-184(재판관 조승형의 별도의견); 계획열 (2007). 헌법학(중), 서울: 박영사, 582-583면.

34) 정보비대칭뿐만 아니라, 접근가능성, 유통구조 등을 결정할 수 없다는 점에서도 취약한 지위에 있다. 헌법재판소는 헌법 제124조가 소비자보호운동권을 보장하는 의의를 설명하면서 이 조항이 “현대 자유시장경제질서 하에서 생산물품 또는 용역의 가격이나 품질의 결정, 그 유통구조 등의 결정과정이 지나치게 사업자 중심으로 왜곡되어 소비자들이 사회적 약자의 지위에 처하게 되는 결과 구조적 피해를 입을 수 있음”(헌재 2011. 12. 29. 2010헌바54등, 판례집 23-2하, 558, 574)을 고려하여 소비자의 권익에 관한 헌법적 보호를 창설한 것이라고 판시하기도 했다.

35) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169, 181-182(재판관 조승형의 별도의견); 계획열, 위의 책, 582-583면.

고 있다.

이처럼 사업자와 소비자의 정보비대칭은 소비자의 권리를 위협하는 주된 요인 중 하나로, 광고 실증제도는 규제에 의해 광고가 합리적인 근거를 가지고 이루어지도록 함으로써 소비자가 스스로 광고에 나타난 사실의 정확성을 면밀히 검증할 필요 없이 광고에 제시된 정보만으로도 충분히 합리적인 판단을 내릴 수 있도록 해준다.

### (3) 입증책임 전환 여부

표시광고법 제정 전에는 공정위의 포괄적인 위임입법권한에 근거하여 ‘표시·광고에 관한 공정거래지침’을 통해 광고 내용의 진위 여부에 관한 입증책임은 사업자가 진다고 규정하고 있었으나, 이는 법률상 분명한 위임근거가 없는 입증책임 전환으로서 법규적 효력이 없다고 판단되었고,<sup>36)</sup> 이후 표시광고법 제5조에 실증의무 규정이 도입되었다.

이런의 판결들이 있기 전에는 법 제5조를 입증책임까지 전환하는 규정으로 볼 수 있는지에 대하여 견해 대립이 있었다. 입증책임 전환을 강조하는 입장에서는 위 조항은 ‘실체적으로 사전실증의무를 부과하는 것이 아니라 단지 절차적으로 광고 이후 그 내용의 진실성에 대한 입증책임을 전환하는 취지’라고 해석하기도 했다.<sup>37)</sup> 반면, 실증의무 준수 여부와 부당광고 해당 여부는 별개의 문제로, 사업자가 입증해야 할 것은 객관적·합리적 자료를 기초로 광고를 했다는 사실일 뿐 주장사실이 진실하다는 점이 아니므로, 입증책임이 전환되는 것이 아니라 단지 공정위가 직접 시험 등을 하는 대신 사업자가 제출한 실증자료를 심사하기만 함으로써 공정위의 입증부담이 완화되는 것이라고 보는 견해도 있었다.<sup>38)</sup>

36) 대법원 2000. 9. 29. 선고 98두12772 판결.

37) 손수진 (1999). 표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구, <한양법학> 10집, 298면.

38) 박해식, 위의 글, 706면. 다만 동일저자는 이후 대법원 2003. 3. 31.자 2002마 4109 결정에 대한 해설에서, 전술한 지침상의 입증책임전환규정의 법규적 효력에

그 후, 법원은 ‘발행부수 1위’라고 광고한 신문사에 대한 광고금지가 처분 사건에서, “표시·광고행위에 있어서 표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의하여 입증할 책임이 있는 것이고, 입증책임이 있는 당사자가 그 주장사실을 증명할 만한 아무런 증거를 제출하지 않은 채 상대방에게 반대증거의 제출을 요구하였으나 상대방이 이에 응하지 않았다고 하여 그 주장사실이 추정되거나 또는 입증의 필요가 상대방에게 돌아가게 되는 것은 아니다.”<sup>39)</sup>라고 판시한 경우를 비롯해 여러 차례 실증의무 이행 여부에 대하여 사업자에게 입증책임이 있음을 강조했다.<sup>40)</sup> 앞서 본 입법취지를 고려할 때, 실증제도는 궁극적인 실증의 부담을 사업자 측에 두고자 하는 것이므로 판례의 입증책임전환설이 타당하다.

#### (4) 소결

광고에 포함된 사실의 진실성을 사업자로 하여금 실증하도록 하는 것은 단순히 소비자를 보호한다는 취지 외에도, 상업광고가 사업자의 이익

---

의문이 제기됨에 따라 이를 대체하여 표시광고법 제5조 제1항에서 규정하게 된 점, ‘방송광고에 관한 심의규정’ 등에서도 광고주가 입증책임을 지도록 하고 있는 점 등을 고려하면 입증책임전환설이 타당하다고 서술하고 있으므로[박해식(2004). 광고실증제도와 입증책임의 전환, <대법원판례해설> 통권 44호, 448면], 견해를 변경한 것으로 보인다.

39) 대법원 2003. 3. 31.자 2002마4109 결정.

40) 대법원 2013. 9. 26. 선고 2011두7632 판결(“추천·보증의 내용이 추천자가 실제로 경험한 사실에 부합한다고 하더라도 추천자의 경험내용이나 판단내용이 일반 소비자들에게 보편적으로 발생하는 현상이 아니거나 학계 등 관련 전문분야에서 일반적으로 받아들여지고 있는 견해가 아니라면 표시·광고행위를 한 사업자가 그 소비자가 추천·보증하는 내용이 진실임을 입증할 책임이 있다.”); 서울고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결(“표시·광고행위를 한 사업자 등에게 표시·광고에서 주장하는 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적·객관적 근거에 의하여 증명할 책임이 있다.” - 대법원 2023. 6. 9. 선고 2023두37414 판결로 심리불속행 기각되어 확정) 등.

을 위해서 이루어지는 표현인 점, 같은 사실을 실증함에 있어서 소비자보다는 전문성이 있는 사업자가 하는 편이 노력과 비용이 덜 들어 사회 전체적으로 효율적인 점 등을 고려하면 타당하다. 다만, 요구되는 실증의 수준이 지나치게 비현실적이라거나, 공정한 거래질서 확립과 소비자보호라는 입법목적을 달성하기에 필요한 정도 이상으로 과도한 노력을 요한다면 이러한 제한은 사업자의 상업적 표현의 자유를 침해하는 것이 될 수 있다.

## 2. 광고 실증제도의 불명확성

### 가. 실증의 대상, 방법 및 정도

표시광고법 제5조 제1항은 “사업자들은 자기가 한 표시·광고 중 사실과 관련한 사항에 대하여는 실증할 수 있어야 한다.”라고 규정하고 있는데, 시행령과 ‘표시·광고 실증에 관한 운영’(공정거래위원회고시 제 2015-15호, 이하 ‘공정위 고시’)을 참고하여 해석하더라도 실증의 대상, 방법, 정도에 불명확한 점이 있다.

첫째, 실증의 대상이 불명확하다. 표시광고법상 실증의 대상은 모든 광고 내용이 아니라 ‘사실과 관련한 사항’에 한한다. 공정위 고시는 이를 “합리적인 근거나 객관적인 자료 등을 통하여 그 진위여부의 판단이 가능한 내용”이라고 구체화한다(Ⅱ. 1). 그런데 이는 ‘실증’의 정의와 다를 바가 없고 추가적인 정보를 주지 않는다. 고시에 예시된 “실증자료요청의 주요대상”을 보면 조금 더 구체화가 가능한데, 법 제3조 제1항에 위반될 혐의가 있는 광고로서 ‘인체에 직접적으로 영향을 미친다는 내용인 경우’, ‘안전 또는 환경과 관련된 내용인 경우’, ‘성능, 효능, 품질에 관한 내용인 경우’, ‘기타 소비자의 구매선택 및 거래질서에 중대한 영향을 미치는 내용인 경우’ 등이 제시된다(Ⅲ. 1). FTC의 1983년 지침서와 위와 같은 공정위 고시를 고려하면 실증대상은 사실과 관련한 모든 사항이

아니라 사실 여부가 중요한 의미를 가지는 사항, 진실성이 의심되는 사항에 한하는 것으로 축소해서 이해할 수 있다.<sup>41)</sup> 다만, 구체적인 사안에서 ‘부당한 광고에 해당할 우려가 있는’ 경우란 무엇인지를 사업자가 예측하는 데 한계가 있고, 공정위의 재량적 판단이 허용되는 범위가 상당히 넓다.

둘째, 실증의 방법을 하위법령을 통해 최대한 구체화하고자 하였으나 사업자의 입장에서 행위규범으로 삼기에는 여전히 부족하다. 공정위 고시에 따르면, ‘실증’이란 광고에서 주장한 내용 중 사실과 관련한 사항이 진실임을 합리적인 근거나 객관적인 자료 등을 통하여 증명하는 것을 말한다(Ⅱ. 2). 또한, 실증자료가 ‘합리적인 근거’로 인정되려면, 실증방법이 시험결과, 조사결과, 전문가의 견해, 학술문헌, 기타 과학적이고 객관적이라고 인정할 수 있는 자료 중의 하나에 해당하여야 하며, 객관적이고 과학적인 절차와 방법에 따라 작성되어야 하고, 광고에서 주장하는 내용과 직접적인 관계가 있어야 한다(Ⅳ. 1).

그런데 위와 같은 정의만으로는 광고에 포함된 사실이 ① 어떤 방법으로, ② 어느 정도로 증명되어야 실증의무를 다하였다고 확신할 수 있는지 사업자의 입장에서 미리 예측하기에 부족하다. 그중 ‘실증방법’에 대해서는 시행령 및 공정위 고시에서 최대한 그 의미를 구체화하려고 노력하고 있다. 시행령 제4조에서는 “학술적으로 또는 산업계에서 일반적으로 인정된 방법 등 객관적이고 타당한 방법”을 사용하여, “법령에 따른 시험·조사기관이나 사업자등과 독립적으로 경영되는 시험·조사기관에서” “시험 또는 조사”를 하는 것을 원칙으로 한다. 제5조에서는 공정위의 요구에 따라 제출하는 실증자료에 포함되어야 하는 사항을 정하고 있는데, 실증방법, 시험·조사기관의 명칭, 실증 내용 또는 결과 등이 있다. 나아가 공정위 고시에서 보다 상세한 판단기준을 두고 있다(‘Ⅳ. 실증자료의 심사’ 부분).

41) 박해식, 위의 글(2000), 697-698면.

그러나 고시까지 고려하더라도, 개별 사안에서 무엇이 충분한 실증방법인지 판단하는 것은 쉽지 않다. 구체적인 수치로 성능이나 효과를 표시하는 광고의 경우 과학적인 시험결과를 실증자료로 삼게 되는데, 광고의 대상이 되는 제품의 종류는 무궁무진하고 표준화된 시험방법이 마련되어 있는 경우는 일부에 불과하므로, 시험방법의 과학적 타당성, 구체적인 시험조건의 적절성 등과 관련하여 상충하는 견해들이 존재할 수 있다. 일례로 ‘창호의 단열성능이 우수하여 냉난방비가 절감된다’라는 취지의 광고를 하는 경우, 창호성능과 냉난방비의 상호관계를 측정하는 보편적 시험방법이 존재하지 않는 상황에서 사업자가 외부 업체에 의뢰하여 건물의 형상을 모델링한 뒤 연간 에너지비용을 계산하는 시뮬레이션 프로그램을 통해 시험한 보고서를 토대로 광고하였음에도 법원은 “가능한 범위 내에서 과학적 방법을 이용하여 결과를 도출한 것이라고 볼 수 있을지는 몰라도, 그 결과를 곧바로 광고에 사용할 수 있는 정도의 과학성과 객관성을 가진다고 볼 수 없으므로 위 보고서들은 이 사건 냉난방비 광고에 대한 실증자료라고 인정하기 어렵다”고 판단하였다.<sup>42)</sup> 이와 같은 경우 사업자의 입장에서는 가능한 범위 내에서 실증의무 이행에 상당한 노력을 다하였다고 볼 수 있는데도 실증의무 위반이자 과장광고로 제재대상이 되는 결과를 면치 못하였다.

시험방법 자체는 타당하더라도 시료의 선택이나 세부적인 시험조건이 문제되는 경우는 더 많다. 과학적 시험결과를 근거로 광고를 하였음에도 부당한 광고로 판단되어 과징금이 부과된 경우를 보면, ① 최종 시판용 제품이 아닌 개발단계의 제품을 시료로 사용<sup>43)</sup>하거나 무작위 선별을 하지 않는 등 시료 선정에 문제가 있는 경우, ② 시험환경이 실사용환경과

42) 서울고등법원 2023. 2. 16. 선고 2021누45390 판결. 위와 같은 시험방법의 한계 외에도 세부적인 시험조건이 대표성과 보편성을 가지지 못한 점을 함께 고려하여 과장광고라는 결론에 이르렀다.

43) 예컨대, 의류건조기 콘덴서 자동세척 시스템의 성능을 실증하기 위하여 시판용 제품이 아닌 개발단계의 제품으로 시험한 결과는 적절한 실증으로 볼 수 없다고 판단한 경우(공정거래위원회 2021. 5. 24. 의결 제2021-136호).

다르거나, 완제품이 아닌 부품 상태로 시험<sup>44)</sup>하여 실제 성능과 다르게 되는 등 시험조건에 문제가 있는 경우, ③ 소비자가 실증자료에 밝힌 시험조건과 다른 조건 하에서도 동일 성능이 발휘된다고 오인할 만한 광고문구를 적극적으로 사용한 경우<sup>45)</sup> 등이 있다. 이와 같은 사례 중 시험에 사용된 시료와 시판용제품의 설계가 다르거나 부품 상태로 시험한 경우 등은 사업자가 주의를 기울여 실제 판매될 제품을 기준으로 실증하거나, 시험조건에 관한 충분한 disclaimer를 표기할 필요가 있었다고 볼 수 있지만, 실증을 성실히 하고자 하는 경우에도 구체적으로 어떤 조건이 실사용환경을 대표하는 것인지 판단하기 어려운 경우도 있을 수 있다.

셋째, 실증방법에 대해서는 나름의 판단기준이 구체화되어 있다고 하더라도 ‘증명의 정도’에 대해서는 뚜렷한 기준이 없다. 이에 실제 상황에서는 사업자가 실증자료를 마련하였음에도 그것이 충분한 실증으로 볼 수 있는지 여부에 다툼이 발생할 수 있다. 특히 경쟁사업자가 실증의무 위반을 이유로 다른 사업자를 공정위에 고발하면서 사업자의 실증자료에 배치되는 또 다른 실증자료를 제출하는 경우에 이런 문제가 발생하기 쉽다.

과학적 시험에는 오차범위가 있고, 이상적으로는 같은 대상에 대해 같은 방법으로 시험을 하면 동일한 결과를 다시 얻을 수 있는 반복가능성이 인정되지만, 여러 번 시험하였을 때 시료나 시험환경을 최대한 동일하게 유지한다고 하더라도 세부적인 차이에 따라 그 결과가 완전히 동일하지 않을 수 있다. 이러한 경우 반복시험에서 얼마나 정확하게 동일

44) 예컨대, 공기청정기의 세균·바이러스 제거 성능을 실증하기 위하여 완제품이 아닌 부품(필터) 상태로 시험한 결과는 적절한 실증으로 볼 수 없다고 판단한 경우(공정거래위원회 2018. 10. 1. 의결 제2018-289호, 공정거래위원회 2018. 10. 4. 의결 제2018-298호, 공정거래위원회 2019. 3. 26. 의결 제2019-075호 등).

45) 예컨대, 전기차는 1회 충전으로 주행가능한 거리가 저온에서는 현저히 감소함에도 불구하고, 상온에서 측정한 주행가능거리를 기준으로 “1회 충전으로 511km 이상 주행 가능” 등으로 광고한 것은 위법한 거짓·과장 광고에 해당한다고 본 경우(공정거래위원회 2023. 4. 27. 의결 제2023-74호).

한 값이 확인되어야 하는지, 즉 실증의 정도가 어느 수준에 이르러야 하는지에 대한 기준이 분명하지 않으므로 경쟁사업자가 별도로 시행한 시험결과와 약간의 차이가 발생하는 경우에 타당한 시험에 근거하여 광고 했음에도 불구하고 사후적으로 증명을 위하여 다시 한 번 시험을 실시해야 하는 등 추가적인 부담이 발생할 수 있다.

## 나. 실증의 시기

표시광고법은 실증의무(제5조 제1항) 및 실증자료 제출 의무만을 부과하고 있고, 실증자료의 제출 의무는 광고가 이루어지고 나서 공정위의 제출 요구가 있는 때에 비로소 발생한다(제2항, 제3항). 광고 전에 합리적 근거를 전혀 확인해보지 않았거나 적절한 실증자료가 마련되어 있지 않았더라도 공정위의 제출 요청을 받고 기한 내에 제출하여 충분한 실증자료로 인정되기만 하면 실증의무 위반에 따른 책임이 발생하지 않는다. 이러한 점에서 우리 실증제도는 형식상 광고 이후에 실증을 하여도 무방한 것으로 보는 ‘사후실증제’에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>46)</sup> 이는 미국의 경우 광고 전에 실증이 있어야 하며 사후적으로 광고 내용이 진실함을 입증하더라도 위법성이 제거되지 않는 것과 차이가 있다.

그러나 이처럼 규정의 형식이 사후실증제에 가깝게 되어 있다고 하더라도, 실제로 실증의무를 이행하는 사업자의 입장에서 볼 때 실질적으로는 사전실증제와 같은 효과를 지닌다. 우선, 공정위로부터 요청을 받으면 15일 이내에 자료를 제출하여야 하므로, 사실상 사전에 자료를 마련해두어야 한다. 제정 당시 ‘30일 이내’였던 기한이 2005년에 ‘15일 이내’로 개정된 것도 30일 정도의 기간은 실증자료를 마련하기에 충분하여 광고 전에 실증을 마치는 경우가 드물어지자 입법목적에 부합하지 않는다고 보아 제출기간을 단축함으로써 사전에 실증하도록 유도하고자 하는 취지였다.<sup>47)</sup> 공정위가 정당한 사유가 있다고 인정하는 경우 제출기간

46) 같은 취지로, 손수진, 위의 글, 300면; 박해식, 위의 글(2004), 452면.

을 연장해줄 여지가 있으나(제5조 제3항 단서), 이는 예외적인 경우이고 인정 여부가 불확실하므로 사업자 입장에서는 기간을 연장할 정당한 사유가 인정될 것으로 전제하기 어렵다.

나아가 앞서 본 바와 같이 실증의 방법, 정도, 대상 등이 충분히 명확하지 않다는 점에서도 실질적으로 광고에 앞서 실증을 거치게 될 유인이 많다. 사업자로서는 무엇에 대하여 어느 정도의 실증이 필요할지 미리 확정할 수 없는 상태에서 향후 제출 요청을 받을 경우 15일 내에 자료를 제출하여야 하므로 실증의무 위반에 따른 제재의 위험을 최소화하기 위해서는 실증대상으로 볼 여지가 있는 사항들에 대해서 최대한 광범위하게 미리 실증을 하여야 한다.

실증제도가 이처럼 사전실증제에 가깝게 운용되는 것은 합리적 근거를 가지고 광고를 하도록 하려는 입법취지에 부합하는 바람직한 방향이라고 볼 수도 있다. 다만, 규정이 형식상 사후실증제의 형태를 취하고 있어서 사업자에게 부담이 크지 않다는 인상을 주면서 동시에 실질적으로는 사전실증을 요구한다면, 이러한 형식과 실질의 차이로 인해서 실증의무에 따른 표현의 자유 제한의 정도를 정확하게 평가하기 어려워질 우려가 있다.

#### IV. 사전검열금지원칙 요건에 비추어 본 문제점

헌법 제21조 제2항에서의 검열은 그 명칭이나 형식과 관계없이 실질적으로 행정권이 주체가 되어 사상이나 의견 등이 발표되기 이전에 예방적 조치로서 그 내용을 심사 선별하여 사전에 억제하는, 즉 허가받지 아니한 것의 발표를 금지하는 제도를 뜻한다.<sup>48)</sup> 광고 실증제도는 사전에

47) 박성용 (2013). 표시광고실증제도에 관한 연구 - 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로 -, <소비자문제연구> 44권 3호, 49면 참조.

48) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402 등.

심사를 하여 광고 표현을 미리 금지하는 것은 아니므로, 그 자체로 사전 검열금지원칙에 위반되는 것은 아니다. 그러나 형식상 사후실증제임에도 불구하고 실질적으로 사전에 실증을 마칠 필요성이 있고, 행정권이 실증 자료 제출의무를 부과하고 위법성에 대한 판단이 확정되기 전에 선제적으로 표현을 금지하며 위반 시 제재수단이 있다는 점에서는 일반적인 사후규제에 비해 제한의 정도가 크다. 따라서, 광고 실증제도에 대한 위헌심사에 사전검열금지원칙이 직접 적용되지는 않지만, 과잉금지원칙에 따라 표현의 자유 침해 여부를 판단할 때 이러한 특성이 충분히 고려되어야 한다. 이하에서는 이러한 특성을 살펴보기 위하여 사전검열금지원칙의 요건을 빌려 광고 실증제도가 표현의 자유를 침해할 우려가 있는 측면들에 대해 살펴본다.

## 1. 행정권이 주체가 된 심사절차: 실증대상 선정 및 심사에서 공정위의 광범위한 재량

사전검열금지원칙은 의사표현의 발표 여부가 오로지 행정권의 허가에 달려있는 사전심사만을 금지하는 것이다.<sup>49)</sup> 행정기관인지 여부는 기관의 형식에 의하기보다는 그 실질에 따라 판단되어야 한다. 검열을 행정기관이 아닌 독립적인 위원회나 민간심의기구에서 행한다고 하더라도, 행정권이 주체가 되어 검열절차를 형성하거나 검열기관의 구성에 지속적인 영향을 미치는 등 실질적인 자율성이 보장되지 않는다면 실질적으로 그 검열기관은 사전검열금지원칙에서 말하는 행정기관에 해당한다.<sup>50)</sup>

실증의무 이행 여부의 확인은 공정위의 자료제출 요청으로 시작해서 제출된 자료의 적정성에 대한 공정위의 판단으로 끝난다. 공정위는 공정거래법에 설치 근거를 둔 국무총리 소속의 중앙행정기관으로(제54조), 시장지배적지위의 남용행위 규제에 관한 사항, 불공정거래행위 규제에

49) 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402 등.

50) 헌재 2020. 8. 28. 2017헌가35등, 판례집 32-2, 78, 88.

관한 사항 등을 소관 사무로 한다(제55조). 공정위는 ‘제3조 제1항을 위반할 우려가 있어 제1항에 따른 실증이 필요하다고 인정하는 경우’ 사업자 등에게 실증자료 제출을 요청할 권한을 가진다(표시광고법 제5조 제2항). 이에 따라 실증자료가 제출되면 그것을 표시광고법에서 요구하는 충분한 실증으로 볼 수 있는지 심사하여 실증의무 준수 여부를 판단한다.<sup>51)</sup>

앞서 본 바와 같이 실증의 대상, 방법, 정도, 시기 등이 완전히 명확하지 않은 상태에서 어떤 광고에 대하여 실증자료 제출을 요청할 것인지 결정하고, 그 자료가 표시광고법이 요구하는 ‘실증’이 되기에 충분한지 판단할 수 있는 권한은 사실상 실증제도의 운용을 구체화할 광범위한 권한이나 다름없다. 사업자는 실증제도의 불명확한 부분을 최대한 파악하기 위하여 공정위 고시를 참고하게 되는데, 이렇게 미리 발표된 공정위 고시 또한 재량준칙에 불과하여, 반복되어 행정관행이 되지 않은 이상 고시에 규정된 내용이라는 이유만으로 대외적 구속력을 가지지 않는다.<sup>52)</sup>

이처럼 광범위한 재량은 공정거래법과 관련해서도 마찬가지로 나타나는 공정위의 특성이기도 하다. 공정거래법은 불확정개념이나 일반조항을 포함하는 요건을 두고 요건 충족 여부를 판단함에 있어서 공정위의 재량을 넓게 허용하는 규정이 많고, 요건이 충족될 시 그 효과(예컨대 과징금부과처분)도 공정위의 재량에 따르도록 한 경우가 대부분이다.<sup>53)</sup> 실

51) 이는 공정거래법상 공정위의 소관 업무와 표시광고법상 공정위의 광범위한 역할 및 실증자료 제출요청권한을 보아도 그렇고, 공정위 고시 ‘VI. 심사결과에 따른 처리’에 “공정거래위원회는 제출된 실증자료의 심사결과 실증으로 인정할 수 없을 경우...”라는 표현에서도 확인된다.

52) 대법원 2013. 11. 14. 선고 2011두28783 판결 등. 부당광고와 관련한 설시로는, ‘부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정 고시’와 관련하여, 이 고시는 예시에 불과하고 표시광고법 제3조 위반 여부를 판단할 때는 이와 같은 예시가 아닌 표시광고법 제3조 및 동법 시행령 제3조의 규정에 따라 판단하여야 한다고 판시한 경우가 있다(대법원 2018. 7. 20. 2017두59215 판결, 대법원 2022. 4. 28. 선고 2019두36001 판결 등).

53) 홍대식 (2011). 공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제, <서울대학교 법학> 52권 2호, 184면.

증제도의 경우 과태료나 과징금의 부과 등 사후적인 제재뿐만 아니라 위법성 판단에 앞서 광고를 중단하도록 함으로써 표현행위를 직접 제한할 수 있으므로, 행정기관인 공정위의 재량 범위가 넓고 예측 가능성이 떨어지는 것은 다른 규제에 비해 표현의 자유를 제한하는 정도가 특히 높다고 볼 수 있는 이유가 된다.

## 2. 사전심사 및 허가받지 아니한 표현의 금지: 광고중지명령

헌법 제21조 제2항이 금지하는 검열은 개인이 정보와 사상을 발표하기 이전에 국가기관이 미리 그 내용을 심사·선별하여 허가 받지 않은 표현의 발표를 금지하는 ‘사전’적인 검열을 의미한다.<sup>54)</sup> 광고 실증제도는 광고 표현이 이루어지기 이전에 실증 여부를 심사하여 실증에 실패한 광고의 발표·유통을 금지하는 제도가 아니고, 실증자료를 마련했는지 여부나 진실성 여부를 불문하고 일단 발표·유통하는 것은 제한 없이 가능하므로, 사전검열금지원칙에 위반될 여지는 없다. 그러나 다음과 같은 점에서 완전한 사후규제와도 다소 차이가 있다.

첫째, 실증의무를 위반하였음이 확정되기 전이라도 실증자료를 제출하지 않았다는 사실만으로 광고중지명령을 할 수 있는데, 이는 내용의 위법성 여부를 따져보기도 전에 미리 표현을 금지하는 것이다. 표시광고법 제5조 제5항에서는 사업자 등이 실증자료제출 요구를 받고도 제출하지 않으면 제출할 때까지 광고의 중지를 명할 수 있도록 하고 있다. 이는 일견 단순히 제출의무의 이행을 촉구하기 위한 제재수단처럼 보인다. 그러나 제출요청의 대상이 “법 제3조 제1항에 위반될 혐의가 있는”(공정위 고시 III. 1.) 광고인 점을 고려할 때, 실증자료 제출 전까지 광고를 중지하도록 하는 취지는 제8조의 임시중지명령과 마찬가지로 해당 광고가 위법하여 소비자나 경쟁사업자에게 손해를 발생시킬 위험이 큼을 전제

54) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88, 판례집 4, 739, 759; 헌재 1996. 10. 31. 94헌가6, 판례집 8-2, 395, 402.

로, 이와 같은 손해를 미리 방지하고자 하는 것이라고 볼 수 있다.

그런데 부당광고임이 명백히 의심됨을 이유로 하는 제8조의 임시중지 명령과 비교할 때, 실증자료 미제출을 이유로 한 제5조 제5항의 광고중지명령은 그 요건이 한층 더 완화되어 있다. 제8조 제1항에서는 임시중지명령의 요건으로 위법성의 ‘명백한’ 의심, 소비자나 경쟁사업자에게 회복하기 어려운 손해 발생의 우려 및 이를 예방하기 위한 긴급한 필요를 요구하고 있다. 반면에 실증자료 미제출을 이유로 하는 경우에는 위법성이 의심이 명백한 정도에 이르지 않고, 회복하기 어려운 손해 발생의 우려나 긴급한 필요가 없더라도 미제출 사실 자체만으로 중지명령을 할 수 있다. 이처럼 완화된 요건에 의해 위법성 판단 이전에 미리 표현을 금지할 수 있도록 하는 것은 위법한 표현에 대해서 사후적으로 삭제, 정정, 손해배상 등을 요구하는 사후규제에 비해서 제한의 정도가 크다.

둘째, 표시광고법이 금지하는 부당광고에 해당하는지 여부가 확정되기 전에 금지한다는 점에서, 궁극적인 입법목적과의 거리가 멀다. 실증의무 위반 여부와 부당광고 해당 여부는 서로 별도의 판단을 요하는 문제다. 표시광고법은 실증의무 규정을 두고 그 위반 자체에 대해서 제재할 수 있도록 한다. 그러나 실증의무를 위반한 광고가 다른 요건 없이 실증의무 위반 사실 자체만으로 표시광고법 제3조 제1항의 부당광고에 해당하는 것은 아니다. 공정위가 제출된 실증자료를 심사한 결과 이를 실증으로 인정할 수 없을 경우 당해 광고의 사실에 관한 부분에 객관적인 근거가 없는 것으로 보고, 이를 전제로 비로소 부당광고 해당 여부 심사에 나아간다(공정위 고시 VI). 부당광고라는 이유로 규제대상이 되려면 광고의 내용이 허위·과장 등에 해당할 뿐만 아니라, 나아가 이에 관하여 보통의 주의력을 가진 일반 소비자가 받아들이는 전체적 인상을 기준으로<sup>55)</sup> 하여 소비자의 오인가능성, 공정거래저해성이 인정되어야 한다(표시광고법 제3조 제1항). 부당광고에 있어서 공정한 거래를 저해한다는

<sup>55)</sup> 대법원 2010. 7. 22. 선고 2007다59066 판결 등.

것은 “소비자의 합리적 선택을 방해하여 상품선택을 왜곡시킴으로서 자기와 거래하도록 만드는 행위”<sup>56)</sup>를 말한다. 즉, 실증이 미비한 내용을 담고 있는 광고와 그로 인하여 소비자의 합리적인 구매결정을 방해하거나 방해할 우려가 있는 위법한 부당광고는 서로 구별된다.<sup>57)</sup>

이처럼 광고 내용의 진실성 확보라는 동일한 목표를 두고 사업자의 실증의무 위반 여부와 부당광고 해당 여부를 판단하는 요건이 완전히 일치하지 않는 것은, 무엇이 ‘사실에 관한 사항’인가에 관한 모호성과 결합하여 실증대상 해당 여부에 대한 판단을 더 혼란스럽게 할 수 있다. 또한, 소비자의 보호와 공정한 거래질서 확립을 목적으로 하는 표시광고법이 궁극적으로 규제하고자 하는 부당광고에 이르기 전 단계에서 위법성의 의심만으로 표현행위를 직접 금지할 수 있도록 하는 것이므로, 입법목적과 수단 사이의 거리가 멀고 침해의 최소성을 충족하기 어려울 수 있다.

### 3. 강제수단: 실증 여부의 불확실성 및 반복 실증의 부담

실증의무를 준수하지 않는 경우 해당 광고의 중지명령뿐만 아니라 과태료, 과징금도 부과될 수 있다. 법 제20조 제1항에서는 공정위의 제출 요청에도 불구하고 실증자료를 제출하지 않은 경우(제2호), 중지명령에 따르지 않을 경우(제3호) 각 1천만 원 이하의 과태료를 부과한다고 규정하고 있다. 나아가 실증되지 않은 사실이 구매결정에 영향을 미치는 사

56) 서울고등법원 2011. 1. 12. 선고 2010누17377 판결(대법원 2013. 12. 26. 선고 2011두4930 판결로 상고기각되어 확정됨).

57) ‘부당한 표시·광고행위의 유형 및 기준 지정고시’(공정거래위원회고시 제2019-11호) II. 3. 공정거래저해성 판단기준에서 “사업자가 표시·광고를 통해 소비자에게 특정 내용을 알렸다는 사실은 해당 내용이 소비자의 구매결정에 영향을 미칠 수 있다는 점을 사업자가 인지하고 있음을 의미한다. 따라서 사업자가 표시·광고를 통해 법 제2조 제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 사항을 거짓·과장되게 알리는 행위의 경우에는 일반적으로 공정거래저해성이 인정될 가능성이 높다.”라고 명시하는 등 거짓·과장성과 공정거래저해성은 밀접한 관련이 있으나, 서로 완전히 동일한 것은 아니다.

실로서 결과적으로 거짓·과장이나 기만적, 부당하게 비교하거나 비방적인 광고가 되어 법 제3조 제1항에서 금지하는 부당광고에 해당한다고 판단될 경우 부당광고 행위에 대하여 과징금이 부과될 수 있다(제9조).

본래 행정법규 위반에 대한 제재조치는 행정목적 달성을 위하여 행정법규 위반이라는 객관적 사실에 착안하여 가하는 제재이므로, 위반자에게 고의나 과실이 없더라도 부과될 수 있다.<sup>58)</sup> 다만, 질서위반행위규제법은 고의 또는 과실이 없거나 위법성의 착오에 정당한 이유가 있는 질서위반행위에는 과태료를 부과하지 않도록 하며(제7조, 제8조), 2021년 제정된 행정기본법에서는 행정청이 재량이 있는 제재처분을 할 때 고려해야 할 사항으로 위반행위의 동기, 목적 등 주관적인 요소를 포함하고 있다(제22조 제2항 제1호).

그런데 실증제도의 경우 사업자가 광고 전에 가능한 한 타당하다고 생각되는 방법으로 실증함으로써 그 결과를 신뢰하고 향후에도 다시 실증이 가능할 것이라고 기대할 만한 상당한 이유가 있었던 경우는 물론, 이러한 1회의 실증이 객관적으로 보아도 해당 광고의 근거가 되기에 충분했던 경우에도 제재대상이 될 여지를 완전히 배제할 수 없다. 즉, 이와 같은 상황에서는 사업자의 고의·과실만이 문제되는 것이 아니라, 객관적 위반사실의 존부 자체가 확정되는 시점이 매우 늦고, 그 시기를 미리 특정할 수 없으며, 동일한 사실상태에 대하여 위반 여부가 유동적이다. 여기에는 두 가지 원인이 있다.

첫째, 앞서 본 바와 같이 실증의 대상, 방법, 정도가 불확실하고 공정위의 재량 범위가 넓기 때문이다. 사업자의 입장에서, 실증의 대상은 공정위 고시에서 열거하고 있는 실증자료제출대상의 예시를 참고하여 최대한 광범위하게 파악하여 제재의 위험을 줄여볼 수 있겠지만, 확립된 실증방법이 없는 경우 실증의 방법과 정도에 대하여 최대한의 주의와 노력을 기울여도 추후에 공정위의 판단에 따라 충분한 실증으로 인정되

58) 대법원 2000. 5. 26. 선고 98두5972 판결; 대법원 2012. 6. 28. 선고 2010두24371 판결; 대법원 2020. 7. 9. 선고 2020두36472 판결 등.

지 않을 위험을 완전히 제거하기 어렵다.

둘째, 광고의 근거가 된 실증자료가 실증방법 등에 있어서 문제가 없었더라도, 표시광고법 제5조의 실증의무 규정은 '(1회의) 실증을 마치고 그 자료에 근거하여 광고할 의무'를 부과하는 것이 아니라 '사실과 관련한 사항에 대하여는 실증할 수 있어야 한다'라고 규정함으로써 진실성에 대한 입증책임을 전환하는 형태로 되어 있어 반복 실증의 부담이 발생할 수 있다.

실증자료 제출기간 단축으로 인하여 광고 이전에 실증자료를 마련할 필요성이 큰 동시에, 제출의무가 발생하고 실증 여부에 대한 심사가 이루어지는 것은 광고 이후이므로, 실증에 대한 부담은 광고 이전에 일회적으로 존재하고 해소되는 것이 아니라 광고 이후까지도 계속 이어진다. 이러한 상황에서 사업자가 당초 신뢰한 실증자료와 다른 취지의 자료가 제시되는 경우 등에 사업자는 이를 반박하기 위하여 제3의 자료를 마련해야 하는 입장에 처한다. 즉, 실증자료를 확인하고 이에 기초하여 광고 하였더라도 광고 이후에도 사실상 여러 차례 반복 실증의 부담이 존재하며 추가 실증에 실패할 경우 제재대상이 될 위험이 있는 것이다.

이러한 문제는 확립된 시험방법이 존재하지 않는 사항에 대해서만 발생하는 것이 아니라, 심지어 인증제도를 통해 인증을 받고 그와 관련된 사항에 대해 광고했을 때조차도 사후적으로 실증자료 제출 및 그에 대한 심사 단계에서 실증에 실패한다면 인증을 받았다는 사실만으로 실증의무 위반이 면책되지 않는다.

광고에 앞서 미리 실증자료를 마련할 유인이 생기는 것은 광고의 진실성을 확보하고자 하는 입법취지에 부합한다고 하더라도, 더 나아가 이미 한 번 실증자료를 통해 진실성을 확인하였음에도 불구하고 이후에 시기와 횟수의 제한 없이 무한히 반복하여 실증할 부담을 부과하는 것은 광고의 진실성이나 경제적 효율성 측면에서 보더라도 이상적이지 않다.

이와 같은 부담은 곧 강력한 위축효과로 이어진다. 진실성을 확인하기 위해 상당한 노력을 다한 이후 표현에 나아가도 사후에 진실성에 쉽게

의문이 제기되어 제재대상이 될 위험으로 인하여 강력한 위축효과가 발생하는 사례는 위헌으로 판단된 구 언론중재법 조항에서도 찾아볼 수 있다. 이 조항은 정정보도청구의 재판절차를 가처분절차에 따르도록 규정하고 있었다. 이에 대하여 헌법재판소는, 언론보도의 진실 여부는 쉽게 판명될 수 없는 경우가 많은데, 진실에 부합하지 않을 개연성이 있다는 소명만으로 정정보도 책임을 지게 하면 진위가 불명확하거나 신속하게 법정에서 방어할 자신이 없는 경우, 그 보도를 편집에서 배제하도록 하는 위축효과가 발생한다고 판시하였다.<sup>59)</sup>

광고 내용 중 사실에 관한 사항에 대한 실증도 이와 마찬가지로이다. 충분한 실증의 방법과 정도가 무엇인지 단정할 수 없는 상황에서, 실증하려는 노력을 하였음에도 사후적으로 계속해서 반복 실증의 부담을 지고 쉽게 실증이 실패한 것으로 판단될 위험이 있다면, 사업자들은 사실에 관한 사항의 표시를 기피하게 될 것이다. 이러한 결과는 광고를 통해 진실한 정보를 제공함으로써 소비자들이 충분한 정보를 바탕으로 의사결정을 할 수 있도록 하고 공정한 경쟁이 이루어지도록 하려는 입법 목적을 오히려 저해한다.

## V. 결론

이상과 같이 광고 실증제도는 소비자와 사업자 간의 정보비대칭 상황에서 소비자를 보호하고 공정한 경쟁환경을 조성하며 정확한 정보전달에 드는 사회적 비용을 최소화하기 위한 제도로서 그 필요성이 인정되나, 표시광고법상의 실증의무 규정은 실증의 의미와 정도, 대상에 불명확한 점이 있고, 사후실증제의 형태를 띠고 있으나 실질적으로는 사전 실증제에 가깝게 운용되고 있으며, 공정위의 재량적 판단의 여지가 상당

<sup>59)</sup> 헌재 2006. 6. 29. 2005헌마165등, 판례집 18-1하, 337, 406.

히 크다. 이에 사전에 실증자료를 반복시험을 통한 입증이 가능할 정도로 철저히 준비해야 하는 부담이 클 뿐만 아니라, 일회적으로 실증을 마치더라도 여전히 표시광고법 위반으로 판단될 우려가 있다. 이러한 제도는 공정위나 제3자가 광고 내용이 진실하지 않음을 입증하고 위법성이 확정된 이후에 손해배상책임을 지는 형태의 완전한 사후적 규제와 비교할 때 위축효과가 더 크다. 한편, 실증자료가 충분하지 않은 것으로 판단되거나 부당한 광고라고 판단되기 전이라도 실증자료를 제출하지 않았다는 사실만으로 광고중지명령을 할 수 있는데, 이는 내용의 위법성 여부를 따져보기도 전에 미리 표현을 금지하는 것으로서 과잉금지원칙에 위배되어 표현의 자유를 침해할 여지가 있다.

따라서 실증의 의미, 대상, 방법, 시기 등을 보다 명확하게 규정하여 예측 가능성을 확보할 필요가 있다. 또한, 인증제도를 활용하여 광고 이전에 효능 등에 관하여 법령상 정하는 인증을 받은 경우에는 광고 이후에 추가적인 실증의무를 면제하는 등의 방법을 생각해볼 수 있다. 법령이 보다 구체화되기 이전에 현상태에서는 실증이 되었는지 여부를 판단할 때 반복시험결과가 매번 정확히 동일해야 한다는 등의 엄격한 기준을 적용하기보다는, 사업자가 객관적으로 신뢰할 만한 기관을 통해 이루어진 시험결과를 신뢰하고 광고한 경우에는 그 정당한 신뢰를 충분히 고려하여 실증의무 이행 여부를 판단하는 방향으로 제도를 운용하는 것이 바람직하다.

## ■ 참고 문헌

- 권영준 (2011). 계약법의 사상적 기초와 그 시사점 - 자율과 후견의 관점에서 -, <저스티스>, 통권 124호, 269-203.
- 계희열 (2007). 헌법학(중), 서울: 박영사
- 문재완 (2005). 상업적 표현의 자유와 방송광고사전심의제도, <인권과 정의> 344호, 43-60.
- 박해식 (2000). 부당표시광고에 대한 규제 - 표시광고의공정화에관한법률을 중심으로 -, <재판자료> 87집, 635-759.
- \_\_\_\_\_ (2004). 광고실증제도와 입증책임의 전환, <대법원판례해설> 통권 44호, 438-469.
- 박성용 (2013). 표시광고실증제도에 관한 연구 - 표시·광고의 공정화에 관한 법률을 중심으로 -, <소비자문제연구> 44권 3호, 45-64.
- 박용상 (2010). 헌법상 사전검열금지의 원칙, <헌법논총> 21집, 2010, 75-250.
- 손수진 (1999). 표시·광고의 공정화에 관한 법률상의 광고실증제에 관한 연구, <한양법학> 10집, 287-308.
- 양소연 (2021). 예술의 자유 보호영역 확정을 위한 ‘예술’의 개념, <헌법재판연구>, 8권 2호
- \_\_\_\_\_ (2023). 예술의 자유에 관한 연구, 서울대학교 법학박사 학위논문
- 이종훈 (2016). 상업광고에 대한 사전검열의 헌법적 문제 - 헌법재판소 판례이론을 중심으로 -, <헌법실무연구> 17권, 1-50.
- 임효준 (2016). 상업광고 제한 입법에 대한 헌법재판소의 완화된 심사기준 - 헌법재판소 결정의 동향 및 비판적 검토 -, <헌법재판연구> 3권 2호, 225-255.
- \_\_\_\_\_ (2019). 검열금지의 법적 성격에 대한 재검토, <언론과 법> 18권 2호, 71-116.
- 조민형 외 (2008). <중복규제의 현황과 개선방안 연구>, 법제처 연구용역보고서.
- 조소영 (2017). 광고규제에 대한 헌법적 검토 - 상업광고에 대한 논의를 중심으로 -, <공법학연구>, 18권 3호, 225-249.
- 홍대식 (2011). 공정거래법 집행자로서의 공정거래위원회의 역할과 과제,

〈서울대학교 법학〉 52권 2호, 173-202.

Alexander, Larry, *Is There a Right of Freedom of Expression?*, Cambridge University Press, 2005

Bork, Robert, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971

Emerson, Thomas I., "Toward a General Theory of the First Amendment," *The Yale Law Journal*, Vol. 72, No. 5, 1963

Note (1973). The FTC Ad Substantiation Program. *Georgetown Law Journal*, Vol. 61, No. 6, 1427-1452.

Post, Robert C., *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, Yale University Press, 2012

## ■ ABSTRACT

---

# Substantial Chilling Effect of Advertising Substantiation

Soyun Yang  
Rapporteur Judge, Constitutional Court of Korea

Commercial advertising is within the realm of expressions protected by the freedom of expression. However, when assessing the constitutionality of laws restricting commercial expression, the level of scrutiny is less strict than the one applied to laws governing political expression. This disparity stems from the categorical approach employed in reviewing the constitutionality of laws restricting the freedom of expression, which applies different standards to different types of expression. While this categorical approach fosters predictability and consistency, it also heightens the risk of infringement of the rights associated with commercial expression.

The requirements for advertising substantiation outlined in the Act on Fair Labeling and Advertising, which mandate businesses to substantiate factual claims in their advertisements, have the potential to infringe upon their freedom of expression. This is primarily due to the ambiguity of the requirements, the recurring burden of substantiation following the act of expression, and the authority of the Fair Trade Commission to suspend an advertisement before determining its illegality. Especially, the suspension of a particular advertisement pending the submission of substantiation data shares many traits with an unconstitutional prior restraint: the measure is imposed by an

administrative agency; the Fair Trade Commission can suspend the advertisement even before its illegality is determined; and the advertiser is subject to fine if it fails to submit the substantiation data or if the advertisement eventually turns out to be a false or misleading one impacting customer decisions. While designed as a post hoc measure, this approach instills a more pronounced chilling effect than a fully post hoc regulatory framework where liability is established only after demonstrating the falsehood and illegality of the advertisement. Therefore, a compelling need exists for regulatory improvements, such as further specifying the meaning, scope, timing, and methods of required substantiation to ensure greater predictability and to mitigate the recurring burden of substantiation.

Keywords: Advertisement, Advertising Substantiation, Commercial Expression, Freedom of Expression, Prior Restraint

[ 논문투고일 2024. 3. 3.    논문수정일 2024. 4. 4.    게재확정일 2024. 4. 5. ]